

University of Groningen

涉外民商事合同中单边争议解决条款效力之争

Chen, Zhen

Published in:
Chinese Yearbook of Private International Law and Comparative Law

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Publication date:
2019

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Chen, Z. (2019). 涉外民商事合同中单边争议解决条款效力之争: --基于案例及价值取向的比较法分析. *Chinese Yearbook of Private International Law and Comparative Law*, 22, 323-339.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

涉外民商事合同中单边争议解决条款效力 之争

--基于案例及价值取向的比较法分析

陈珍**

Analysis on the Validity of Unilateral Dispute Resolution Clauses in Foreign-related Civil and Commercial Contracts

--Based on A Comparative Study of Cases and Value

Orientation

Zhen Chen

内容摘要：判断涉外民商事合同中争议解决条款的效力是确定国际民商事管辖权的第一步，然而单边争议解决条款的效力在国际上尚无统一认识。世界各国对该类条款的效力持截然相反的态度，甚至一国内不同级别的法院对此也不能达成一致意见。本文从不同国家司法实践中具体案例分析入手，并着重论述影响较大的几个国家的案例。最后基于当事人意思自治、显失公平、有悖平等诉诸司法原则、法律的确信性与可预见性、保护弱方当事人的权益等价值判断，得出的结论是原则上应否认单边争议解决条款的效力，但例外情况下满足一定的条件时可以肯定单边条款的效力。

Abstract: In the realm of private international law, identifying the validity of dispute resolution clauses contained in a contract is the first step to determine which court has competent jurisdiction over international civil and commercial matters. As to whether asymmetrical jurisdiction clause is valid or not, no consensus has been reached at

** 陈珍：荷兰格罗宁根大学博士研究生，国际私法方向，邮编9712ER，Zhen Chen, University of Groningen, Law Faculty, Department of Private International Law, PhD Researcher, 邮箱：zhen.chen@rug.nl, 联系电话：+31 645983999。

international level, even at domestic level different courts may have conflicting opinions on the effectiveness of such clauses. Based on value-oriented case analysis from a comparative law perspective, this article argues that such hybrid forum selection clause should be invalid in principle, but in exceptional cases, such clause could be valid provided that certain conditions have been fulfilled, in order to strike a balance between party autonomy and weaker party protection as well as between legal certainty and conscionability.

关键词：国际民事诉讼；非对等法院选择条款；格式条款；意思自治；弱方当事人保护；法律确定性

Key words: international civil litigation; asymmetrical forum selection clause; standard terms; party autonomy; weaker party protection; legal certainty

一、单边争议解决条款概述

单边争议解决条款(unilateral dispute resolution clause),包括单边法院选择条款¹、单边仲裁条款和单边或诉或裁条款,单边法院选择条款是指当事人一方只能在指定法院提起诉讼,而另一方可在指定法院以外的任何其他法院进行起诉;单边仲裁条款是指一方只能将争议提交指定仲裁机构,而另一方可将争议提交指定仲裁机构以外的任何其他仲裁机构;单边或诉或裁条款是指一方只能提起诉讼,另一方却可以选择提起诉讼或提交仲裁,或者,一方只能提交仲裁,另一方却可以选择提交仲裁或提起诉讼。² 简而言之,它对一方(通常是弱势一方)来说是排他性的,对另一方来说却是非排他性的。

几乎所有的国际民商事争议都会涉及一个至关重要的先决问题,即“由谁在

¹ 英文表述为unilateral/one-sided/one-way/split forum selection clause,或者optional/non-mutual/hybrid /asymmetrical jurisdiction clause。

² See G Born, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, 4th edition, Netherlands: Kluwer, 2013, p.29.

什么地方解决争议”，起诉或仲裁的具体地点无疑会影响争议解决的最终结果。然而，由于法律文化、制度、体系的差异，各个国家对单边争议解决条款的效力所持态度大不相同，有肯定其效力的国家，也有否定其效力的国家，甚至一国内的法院做法也各不相同。例如，印度不同地区的高级法院就此问题做出的判决就截然不同，德里高级法院¹以该类条款缺乏互惠性（lack of mutuality）否定其效力，而加尔各答高级法院²则认为条款是经当事人事先同意的（advance consent），因而有效，目前印度最高法院尚未就此问题作出判决。

近些年单边争议解决条款的使用频率呈现增长趋势，例如，单边管辖协议在国际金融、运输、财产及销售领域广泛存在³，其原因在于单边争议解决条款的灵活性使得有选择权的一方能够在纠纷出现时选择最有利于实现其利益的地方处理纠纷，尤其是就执行判决或裁定而言。从国际实践层面来看，单方争议解决条款无效有可能导致管辖权异议及判决执行异议，签订这类协议的当事人会面临一定的法律风险。

二、有关单边争议解决条款效力的法院实践

（一）否定单边争议解决条款效力的法院实践

1. 法国基于非对等性否定其效力

2012年9月26日，法国最高法院（Cour de Cassation）在Rothschild案中基于“非对等性”（potestative）否定了单边法院选择条款的效力。在这个案子中法国国民X女士将一笔1700万欧元的存款存入Rothschild所属的一家卢森堡银行，因遭受财产损失于2009年向巴黎初审法院提起诉讼，指控银行未尽咨询义务，银行基于合同中的下列条款对法国法院的管辖权提出质疑：1. 银行与客户间产生的任何争议提交卢森堡法院专属管辖；2. 若不诉诸卢森堡法院，银行有权在客

¹ Union of India v. Bharat Engineering Corporation, ILR 1977 Delhi 57.

² New India Assurance v. Central Bank of India, AIR 1985 Cal 76.

³ 王 磊：《试论我国涉外民事诉讼协议管辖规则体系的改进》，载《武大国际法评论》2018年第4期，第27页。

户住所地或任何其他有管辖权的法院起诉。¹ 该争议解决条款是存在于银行提供的格式合同中的单边法院选择条款。

初审法院和上诉法院均认为该单边法院选择条款违反《布鲁塞尔条例》第23条的目的与宗旨，因而驳回卢森堡银行提出的管辖权异议。法国最高法院随后也驳回了银行的上诉并认为整个管辖权条款都无效，而不仅仅是赋予银行向任何其他有管辖权法院起诉的条款部分无效。不同的是，巴黎上诉法院认为该条款仅仅赋予了银行任意选择权（discretionary），尽管《布鲁塞尔条例》允许当事人在享有管辖权的法院之间进行选择，但并不允许一方恣意选取管辖法院。法国最高法院维持了上诉法院的决定，但关注焦点从任意选择权转移到了条款的非对等性。最高法院认为该条款因其非对等性而违反了《布鲁塞尔条例》第23条。非对等是指合同的履行与否取决于合同中一方的行为，在包括法国的一些国家的民法中，非对等条款因其缺乏相互对等的义务而无效。《法国民法典》第1170条规定：非对等情形是指协议的履行与否取决于缔约一方。第1174条补充道：任何由受约束的一方在非对等情形下订立的义务是无效的。有人可能会认为本案中原告是自然人（即消费者），如果是纯粹的商业条款（即企业之间），最高法院可能就会更友好。这种观点难以令人信服，本案并未强调原告的身份，只是援引了《布鲁塞尔条例》第23条。

法国并不是第一个以“非对等性”否定其效力的国家，2011年9月2日保加利亚最高法院就否认了一借款合同中单边法院选择条款的效力，其理由是该条款中包含保加利亚法所禁止的“非对等性权利”（potestative right）。该借款合同由两个自然人达成，其中的争议解决条款约定，只有出借方有权将争议提交保加利亚工会仲裁院、任何其他仲裁机构或者索菲亚地区法院，而借款方只能将争议诉诸索菲亚地区法院，借款合同和仲裁条款的准据法都是保加利亚法。该争议解决条款限制借款方只能在特定法院起诉，出借方却可以选择诉讼或仲裁，

¹ See Erwan Poisson, “French Supreme Court strikes down a one-way jurisdiction clause”, Accessed October 18, 2018. <http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/european-finance-litigation-review/western-europe/Pages/FRENCH-SUPREME-COURT-STRIKES-DOWN-A-ONE-WAY-JURISDICTION-CLAUSE.aspx..>

因而属于单边或诉或裁条款。依据保加利亚法，如果一项权利允许一方决定法律关系而影响了另一方的法律权限，那么该权利就是非对等的。保加利亚最高法院认为，通常单边争议解决条款不被保加利亚法所允许，因为此类条款创设了非对等性权利，尽管本案不存在涉外因素，但这一问题同样适用于涉外合同。¹

2.俄罗斯基于显失公平及违反平等诉诸司法原则而否定其效力

与法国和保加利亚做法不同的是，尽管俄罗斯最近也否认了格式合同中单边仲裁条款的效力，但却是基于该类条款显失公平的性质（unconscionability）和有违平等诉诸司法的权利的基本原则(equal access to justice)。2012年6月19日，俄罗斯联邦最高商事法院公布了索尼爱立信案²（Sony Ericsson case）的判决，认定单边争议解决条款无效。俄罗斯索尼爱立信公司与俄罗斯电话公司达成的关于销售移动手机设备的协议，其中包括由国际商会在伦敦进行仲裁的仲裁条款。该销售合同除了标准的仲裁条款外，还包括该仲裁条款并不能排除索尼爱立信向任何其他有管辖权的法院提起诉讼的内容。该争议解决条款约定一方只能选择仲裁，另一方却可以提起诉讼或仲裁，属于单边或诉或裁条款。在案件初审时，索尼爱立信公司以存在仲裁条款提出驳回俄罗斯电话公司申请的诉求，莫斯科商事法院支持了其请求，这一判决得到了两个更高级的上诉法院的支持。然而，俄罗斯联邦最高商事法院不同意下级法院的观点，推翻判决并发回初审法院重审。

先不考虑判决本身，单就争议解决条款而言，俄罗斯联邦最高商事法院认为其仅仅赋予一方当事人提起诉讼的权利，打破了当事人之间的利益平衡，因而违背1950年《欧洲人权公约》第6条关于平等诉诸司法的规定。俄罗斯联邦最高商事法院强调民事法律关系中当事人平等参与原则的重要性，并认为该原则不

¹ See Gilles Cuniberti, “Bulgarian Court Strikes Down One Way Jurisdiction Clause”, Accessed October 18, 2018. <http://conflictoflaws.net/2012/bulgarian-court-strikes-down-one-way-jurisdiction-clause/>.

² Sony Ericsson Mobile Communications Rus v. Russkaya Telefonnaya Kompaniya, The Supreme Arbitrazh Court of Russia, No. VAS-1831/12.

仅包括实体性权利，还包括当事人维护自身权益时平等的程序性权利。因此，争议解决条款决不能仅赋予一方特权，这种限制因打破双方的权利平衡而无效，因存在单边争议解决条款而权利受限的当事人相应地也被赋予了与对方同样的将争议提交法院的权利。

3.法国基于缺乏可预见性与法律的确定性而否定其效力

2015年3月15日法国最高法院依据《卢加诺公约》¹判定一法国公司与瑞士银行的单边法院选择条款无效。不同于Rothschild案，这个案子涉及更为传统的贷款合同。当事人为借款方法国公司，贷款方瑞士银行及保证方法国兴业银行。贷款协议包含赋予苏黎世法院专属管辖的同时，瑞士银行可向任何其他有管辖权的法院提起诉讼的管辖权条款。法国公司在法国法院提起诉讼，瑞士银行提出管辖权异议的抗辩。

法国最高法院认为该条款存在借款方提出的不平衡问题（imbalance），即条款赋予银行向“任何其他有管辖权的法院（any other competent tribunal）”提起诉讼的权利，但并没有具体说明这些可供选择的法院行使管辖权的客观基础为何。因而与《卢加诺公约》所追求的可预见性（foreseeability）与法律的确定性（legal certainty）的客观目标相违背。有趣的是，可能是意识到先前判决所受到的批判，法国最高法院此次并没有提到Rothschild案所依据的“非对等性”。此次最高法院的关注焦点有二：一是缺乏对可供选择的法院行使管辖权所依据的客观标准，二是单边管辖权条款因其不平衡性（unbalanced nature）而违反了《卢加诺公约》的目的。弱势一方必须受到保护，因而给予作为强势一方的银行以特权的单边条款应认定为无效，法国最高法院推翻了上诉法院的判决否定了其效力。

¹ Council Decision 2007/712/EC on the Signing on behalf of the Community of the Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, OJ 2007, L 339/1.

（二）肯定单边争议解决条款效力的法院实践

1. 英国基于不违反平等诉诸司法的公共政策而肯定其效力

虽然认为单边争议解决条款是例外情形¹，但英国还是在很多案件中承认了其有效性。² 2013年5月17日，英格兰与威尔士高级法院在毛里求斯商业银行案³中依据英国法肯定了单边管辖权条款的效力，认为单边条款并不违反《欧洲人权公约》第6条规定的平等诉诸司法的公共政策。本案中，一毛里求斯银行贷款给一毛里求斯公司（第一被告）并由其在印度注册的母公司进行担保，约定贷款合同和保证合同准据法均为毛里求斯法，并由毛里求斯法院专属管辖。因第一被告违约，于是重新制定了贷款偿付办法。新修正和达成的协议包括重新修改的贷款协议适用英国法，其中第24条第1款a项规定英国法院对争议具有专属管辖权，b项规定当事人一致认为英国法院为更合适更方便法院，c项规定24条第一款是仅为出借方的利益而定，因此该条款不能阻止出借方向任何其他有管辖权的法院提起诉讼。出借方甚至可以依法提起平行诉讼。该条款属于典型的单边法院选择条款。被告辩称管辖权条款应该适用毛里求斯法，因为毛里求斯法源于法国法，毛里求斯法院也应追随法国法院，遵循Rothschild案判决应认定为无效，并进一步声称，即使依据英国法该条款也应该是无效的，因其单边性不符合平等诉诸司法的基本原则。

¹ See N. Andrews, *Arbitration and Contract Law*, Switzerland, International Publishing Switzerland, 2016, p.19.

² NB Three Shipping Ltd v. Harebell Shipping Ltd [2004] EWHC 2001(Comm); [2005] 1 All ER(Comm) 200; [2005] 1 Lloyd's Rep 509, Morison J (applied in Deutsche Bank AG v. Tongkah Harbour Public Co Ltd [2011] EWHC 2251 (QB); [2012] 1 All ER (Comm) 194; [2011] Arb LR 20, Blair J); Law Debenture Trust Corp plc v. Elektrim Finance BV and others [2005] EWHC 1412 (Ch); [2005] 2 All ER (Comm) 476; [2005] 2 Lloyd's Rep 755, Mann J; on this topic, S Nesbitt and H Quinlan, *The Status and Operation of Unilateral or Optional Arbitration Clauses* (2006) 22 *Arbitration International* 133; D Joseph, *Jurisdiction and Arbitration Agreements and Their Enforcement* (3rd edn, London, 2015), 4.31; R Merkin, *Arbitration Law* (London, 2014), 3.16, 8.16; Russell on Arbitration (24th ed, London, 2015), 2.018 and 2.019.

³ Mauritius Commercial Bank Ltd v. Hestia Holdings Ltd and Another, [2013] EWHC 1328 (Comm).

法院认为，对第24条第1款c项的一般理解应为允许银行向任何依据其本国国际私法的规则有管辖权的法院提起诉讼。即使被告的意见被采纳了，法院也应认定该条款是有效的，这并不违反《欧洲人权公约》第6条的规定。因为第6条是指在当事人所选定的法院内获得司法正义的权利，而不是选择法院的权利。被告并没有具体指出哪一个法院仅仅因为银行有选择法院的权利就对银行有所偏袒。

2012年4月11日，意大利最高法院在微软公司案中采取了与英国相同的立场，该案中意大利斯波托公司与微软公司签订的合同包含下列内容：1.合同及管辖权条款的准据法是华盛顿州法律；2.意大利公司同意华盛顿州法院具有专属管辖权并放弃有关非方便法院的抗辩。3.微软可以自由选择意大利法院。该条款属于单边法院选择条款。米兰上诉法院认为该类条款长期存在并被意大利法律所允许，并发现早在1930年6月3日意大利与法国的双边条约中就有单边条款。

2.美国基于不违背根本公平规则而肯定其效力

美国法院通过1972年联邦最高法院Bremen案¹确立了执行管辖权条款的基本规则，即除非反对执行管辖权条款的一方当事人提出证据证明该条款不合理，管辖权条款推定有效。该案涉及的是两家大型跨国公司，在缔结石油钻探设备拖航合同过程中，双方当事人对合同条款进行了充分协商，不存在不平等协商能力的问题。但如果格式合同直接适用Bremen案规则，管辖权条款通常会因当事人之间协商能力不平等而无效。²美国最高法院在Carnival案³对该规则进行了修正，即未经协商订立的管辖权条款并非不能执行，但要经过“根本公平规则”的司法审查。

1991年1月15日，美国联邦最高法院在嘉年华游轮案(Carnival Cruise Lines)

¹ M/S Bremen v. Zapata Off-Shore Co., 407 U.S. 1, 92 S. Ct. 1907 (1972)..

² 参见蒋剑伟：《美国格式合同中管辖权条款效力评析——以“根本公平规则”为中心》，载《法学评论》2006年第2期，第129页。

³ Carnival Cruise Lines, Inc., v. Eulala Shute, 499 U.S. 585 (1991).

中肯定了格式条款中法院选择条款的效力。不同的是，本案中管辖权条款约定争议由佛罗里达州法院专属管辖，并没有赋予嘉年华邮轮公司向任何其他法院提起诉讼或者提交仲裁的权利，但法院的推理和论证也可以反映出美国对单边争议解决条款所持的态度。本案中，原告舒特是华盛顿州的居民，乘邮轮旅行至墨西哥湾水域时在邮轮甲板上滑倒摔伤，在返回华盛顿州后于华盛顿州西区联邦地区法院起诉。地区法院支持被告的抗辩，认为本案不属于本法院管辖。联邦第九巡回上诉法院撤销了一审判决，适用Bremen案规则认为该管辖权条款不可执行，其主要理由是当事人协商能力不平等。但联邦最高法院推翻了上诉法院的判决，承认了该条款的效力。最高法院认为船票中管辖权条款经过了“根本公平规则”的司法审查，格式合同中已经包含了管辖条款，消费者购买船票就视为接受合同。首先公司对于限定法院起诉有利益，因为游船可能经过很多管辖地域，而损害可能在任何一处发生，游轮在不同地域被诉是不可预见的。其次，约定管辖条款可以节约诉讼时间和成本，节约司法资源。第三，这从侧面也对消费者有利，因为如果公司在诉讼上花费了巨大成本，必然要在消费者的票面价格上有所提高，这实际上是将成本转嫁到消费者身上。可见，美国联邦最高法院主要是站在公司的角度考虑到有可预见性和有利于节约成本而承认其效力。

3.法国基于具备可预见性而肯定其效力

2015年10月7日，法国最高法院在苹果公司案中就单边法院选择条款作出其并不违反《布鲁塞尔条例》的判决。该案中，一家爱尔兰苹果销售有限公司（Apple Sales Ltd）与一家法国分销商签订的合同中包括下列条款：合同的准据法为爱尔兰共和国法，所产生的争议应提交爱尔兰国内法院。苹果公司保有向分销商所在地法院及对苹果公司造成损害的发生地法院提起诉讼的权利。毫无疑问，法国分销商提起了条款具有非对等性的抗辩，认为其也应享有在对其造成损害的法国提起诉讼的权利。法国最高法院认为该管辖权条款在诉讼开始前就能够确定是与合同履行相关的法院，因而符合管辖权条款所需的可预见性。

最高法院再也没有提起所谓的单边条款的“非对等性”了。¹

这一可喜的进步表明单边条款如果适当起草还是有可能在法国得到支持的。本案中，苹果公司的起诉权利就被限制在“分销商公司所在地（即法国）”或者“对苹果公司造成损害的损害发生地”。这种限制使得法国最高法院认定该条款具有足够的可预见性（sufficiently predictable）。单边法院选择条款赋予一方当事人不受限制的自由选择权，明显具有不可预见性。不同于在Rothschild案与瑞士银行案中的判决，法国最高法院承认该类条款的目的是督促当事人起草出选择范围更清楚、更有限的管辖权条款。正如上文所提到的，应该对特权一方有所限制，以“一个或具体几个可确定的法院”取代“任何其他有管辖权的法院”。

三、单边争议解决条款效力判定之先决问题

（一）单边争议解决条款之定性

有学者认为单边争议解决条款为排他性条款，因为条款中约定了争议应提交某一法院或仲裁院。有学者认为单边争议解决条款具有双重属性，从被限制权利的一方角度来说条款是排他性的，因为只有被选法院或仲裁院有管辖权，而从权利不受限制的另一方角度而言条款是非排他性的，因为其不仅可以选择任何其他法院或仲裁院，甚至可以任意选择或起诉或仲裁。这两种观点都不准确，从本质上来讲，单边争议解决条款应为非排他性管辖条款。因为无论哪一方提起诉讼，管辖协议都应该是排他性的，才符合《海牙协议选择法院公约》第3条的规定。单方争议解决条款中虽然从被限制权利一方的角度看，其只能在特定法院提起诉讼或在特定仲裁院提起仲裁，但另一方却享有在不同法院或仲裁院间的任意选择权，甚至可以限制对方起诉的同时赋予己方单方面提交仲裁的权利，显然不符合排他性的要求。

（二）单边争议解决条款之准据法

在判定单边争议解决条款的效力时，首先要确定其准据法。实践中主要有

¹Philippe Hameau, “France and the Unilateral Jurisdiction Clause”, Accessed on October 19, 2018. <http://www.nortonrosefulbright.com/uk/knowledge/publications/134012/france-and-the-unilateral-jurisdiction-clause>.

适用法院地法、被选法院地法和主合同准据法三种做法。以法国Rothschild案为例，有学者认为，适用卢森堡法更合适，因为其既是被选法院地法，又是当事人选择的合同准据法，而且《卢森堡民法典》包含同样的有关非对等性的条款。

《布鲁塞尔条例修正案》¹已于2015年1月10日生效。之前欧盟法的立场是由最先受理的法院决定其对争议是否有管辖权²，修正案改变了此规则，规定如果当事人已经赋予成员国的某一法院享有专属管辖权，任何其他成员国法院（即使其是最先受理法院）均应停止诉讼程序，直到依管辖权协议享有管辖权的法院作出是否行使管辖权的决定。

然而，《布鲁塞尔条例修正案》所指的争议解决条款适用被选法院地法，实际上适用范围仅针对排他性管辖权条款，因为只有在排他性管辖权条款中才能确定具体的被选法院是哪一个。而依据单边争议解决条款的非排他性，如果享有任意选择权的一方作为原告在被选法院外的其他法院提起诉讼，或者选择了仲裁，那么此时被选法院又怎么确定呢？这直接导致了适用被选法院地法存在不可避免的困境。争议解决条款作为合同中的程序性事项，具有可分性，适用法院地法来判断管辖条款的效力是国际上大多数国家的做法。此外，无论是对于法院还是仲裁院，适用其本国法解释争议解决条款更为熟悉便利，适用外国法存在一定的风险。³

四、单边争议解决条款效力无效之理论依据

从上述案例可以看出争议双方当事人不仅包括自然人与自然人之间，自然人与法人之间，还包括法人与法人之间，而涉及的合同类型多样，单边争议解决条款在格式合同中较为常见，属于就双方争议解决方式方面的格式条款。从各个国家的不同做法可以看出，似乎单边争议解决条款本身是提起诉讼或提交

¹ The Recast Brussels Regulation (EU 1215/2012).

² See Zheng Sophia Tang, *Conflicts of jurisdiction and party autonomy in Europe*, Netherlands, Netherlands International Law Review, 2012, p.325.

³ See P. Mäntysaari, *The Law of Corporate Finance: General Principles and EU Law*, Berlin, Verlag Berlin Heidelberg, 2010, p.123.

仲裁并不重要，法院的推理都着重在条款只赋予一方选择权而剥夺另一方选择权的做法是否缺乏合理的法律基础或违反相关的法律原则，而不是条款赋予的权利的具体内容。对于相似的案例不同的国家根据不同的价值取向得出完全相反的结论，甚至同一个国家内的不同级别的法院因价值取向的不同也会意见相左。其中，否定其效力的国家的理论依据有：非对等性（法国、保加利亚）、缺乏互惠性（印度德里高院）、显失公平且有悖平等诉诸司法的原则（俄罗斯）、不符合可预见性和法律的确定性（法国）。肯定其效力的国家的理论依据有：尊重当事人意思自治（印度加尔各答高院）、不违背平等诉诸司法的公共政策（英国）、具有可预见性（法国、美国）和节约成本（美国）。综合考量各种因素，笔者认为原则上应否定单边争议解决条款的效力，其理论依据如下：

（一）单边争议解决条款违背当事人意思自治原则

格式合同中的单边争议解决条款是事先拟定的 (pre-formulated)、现成的 (ready-made)¹、一方强加 (impose) 于另一方的，未经协商，违背当事人意思自治。² 如美国嘉年华邮轮案中消费者购买船票就视为接受合同及合同中的管辖权条款以及法国 Rothschild 案。国际私法是以涉外民商事关系为调整对象，而民商事关系以尊重私人意志、维护个人权益为宗旨。³ 虽然有的法院认为争议解决条款作为合同的一部分体现了当事人的意志，但合同中事先有记载并不代表所记载的内容就是真实的、合理的，一方完全没有选择权或选择权受到极大限制，另一方却拥有任意选择权，这是不符合私法上契约自由精神的，格式条款中的单边争议解决条款仅仅是一方当事人意思自治的体现。

欧盟立法认为除非格式条款有利于弱势当事人，包括当事人应在纠纷发生

¹ See S. Yuthayotin, *Access to Justice in Transnational B2C E-Commerce*, Switzerland, Springer International Publishing Switzerland, 2015, p.81.

² See P. Mäntysaari, *The Law of Corporate Finance: General Principles and EU Law*, Berlin, Verlag Berlin Heidelberg, 2010, p.135.

³ 参见梅傲：《论国际私法中意思自治原则的扩张与限制——兼评(适用法解释一)的相关规定》，载《厦门大学法律评论》2014年第1期，第87页。

之后签订管辖权条款、该条款应保留弱势当事人在自己住所地法院起诉的权利，否则格式合同中的管辖权条款无效。欧洲法院也认为，若合同中未经协商的条款赋予了销售者或供应者主要营业地法院的专属管辖权，这种条款导致双方的权利义务严重不平衡，损害了消费者的权利。¹ 在签订合同时，一方对于格式条款中的单边争议解决条款的同意实际上属于“概括同意” (blanket assent)，² 对于格式条款中的各项并不要求个别同意 (specific assent)，除非若有协商过程该条款被认为是不合理的而不大可能被接受。换句话说，在格式条款中对于所有的合理条款是概括同意的，但该原则不适用于不公平不合理的条款，³ 单边争议解决条款就属于一方当事人未经协商而概括同意的不合理条款。

(二) 单边争议解决条款显失公平且违背诚信原则

判断公平与否的基本标准是“依照一般的商业背景，某个具体行业或者案例的商业需要，有关条款是否是如此偏向一方以至于在缔约时存在的客观情形下显失公平”。⁴ 诚信原则要求一方在订立合同时要考虑对方的合法权益，这在《关于消费者合同中不公平条款指令》⁵和《德国民法典》⁶中也有提到，不能“武断地(arbitrarily)、任意地(capriciously)、不合理地(unreasonably)”⁷行使权利。单边争议解决条款在拟定时并未依诚信原则充分考虑对方的需求，而是严格限

¹ See Joined Cases C-240/98 to 244/98, Océano Grupo Editorial and Salvat Editores [2000], ECR I-4941 para.24.

² See J. Braucher, “New Basics: Twelve Principles for Fair Commerce in Mass-Market Software and Other Digital Products”, in J. K. Winn (ed.), *Consumer Protection in the Age of the Information Economy*, 2006, Arizona Legal Studies Discussion Paper No 06-05, p.191. Accessed on October 12, 2018. <https://ssrn.com/abstract=730907>.

³ See S. Yuthayotin, , *Access to Justice in Transnational B2C E-Commerce*, Switzerland, Springer International Publishing Switzerland, 2015, p.82.

⁴ 美国法学会、美国统一州法委员会：《美国统一商法典及其正式评述》，孙新强译，中国人民大学出版社2004年版，第73页。

⁵ Recital 16 of Directive 93/13/EEC.

⁶ 《德国民法典》第242条。

⁷ See Abu Dhabi National Tanker Co v. Product Star Shipping Ltd (No 2), 219 Leggatt LJ.

制其方寻求法律救济的途径，因本身缺乏互惠性，实质上是不公平条款。

《北欧合同法》(The Nordic Contract Acts)规定了法院可以调整对一方不合理的合同条款的效力。¹《关于消费者合同中不公平条款指令》规定了排除或限制消费者起诉或采取其他法律救济的条款是不公平的，当合同条款被认定为不公平的，它对于消费者也就没有约束力。²尽管该指令本身并不适用于公司之间的商事合同，但一些成员国已经把其适用范围扩大到商事合同。从单边争议解决条款对应的英文表述，即单边的(unilateral)、单方的(one-sided)、单向的(one-way)、任选的(optional)、非互惠的(non-mutual)、非对称的(asymmetrical)，也可以看出其本身的非对等性与显示公平。

(三) 单边争议解决条款有违平等诉诸司法的原则

单边争议解决条款不利于正义的实现，司法正义既包括实体正义也包括程序正义，除了当事人所选定的法院内获得公正审判的实体性权利，还包括当事人在维护自身权益时平等的选择法院的程序性权利。涉外民商事管辖协议具有双重属性，既有实体法上的契约属性，又有程序法上的诉讼属性，从本质上来讲属诉讼契约。³民事法律关系中当事人平等参与原则很重要性，如果连基本的选择法院的程序性权利都不能保证，又如何保证实质正义呢？通过欧洲人权法庭的案例解读⁴，《欧洲人权公约》第6条包括了三项子权利，第三项为将争议提交依法确立的独立公正的审判庭(tribunal)。欧洲人权法院在Lithgow案⁵中

¹ See P. Mäntysaari, *The Law of Corporate Finance: General Principles and EU Law*, Berlin, Verlag Berlin Heidelberg, 2010, p.127.

² Article 6 of Directive 93/13/EEC.

³ 参见汪金兰：《涉外民事诉讼管辖协议的效力审查——以我国法院裁判实践为视角》，载《武大国际法评论》2017年第5期，第23页。

⁴ See *Delcourt v. Belgium*, judgement of 17 January 1970, Series A No.11, para. 25; see also *Airey v. Ireland*, judgment of 9 October 1979, Series A No. 32, para. 12-13 and 24, *Deweert v. Belgium*, judgment of 27 February 1980, Series A No. 35, para. 44 and 49.

⁵ See *Lithgow v. The United Kingdom*, judgment of 8 July 1986, Series A No. 102, para. 201; see also *Campbell and Fell v. The United Kingdom* (Application No.7819/77; 7878/77) judgment 28 June 1984, para. 76.

认为，所谓的“审判庭”不能狭义的理解为仅仅包括法院，还应包括其他解决争议的机构。

对于一项民事争议当事人有权将其提交审判庭，除非当事人自愿表示放弃权利（freely renounce）或有合理的根据限制其权利。¹ 欧洲人权法院认为《欧洲人权公约》第6条并没有阻止当事人将争议提交仲裁，当事人可以放弃诉诸法院的权利，只要放弃本身是明确的（unequivocal）、自愿的（free）、合法的（lawful）。² 同时也对自愿仲裁与被迫仲裁作了一般区分，被迫仲裁包括当事人没有自由选择诉讼或仲裁的情形，³ 单边或诉或裁条款正是这种情形，即使依据国内法其为有效，也不妨碍其违反了《欧洲人权公约》第6条的规定，因为一方的放弃因受到限制而存在瑕疵。⁴ 欧洲人权法院和欧洲人权委员会都很重视国家在保护个人权利不受私人实体（private entities）侵犯的义务，⁵ 所保护的权利也包括诉诸法院的权利，⁶ 限制不能损害当事人的基本权利。⁷ 单边争议解决条款实质上不当地限制了当事人依法行使法律救济的基本权利，违反了《欧洲人权公约》第6条的规定。

¹ See *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, Judgement of 23, June, 1981, ECHR, Application No.6878/75; 7238/75, para. 49.

² See *Pfeifer and Plankl v. Austria*, judgment of 25 February 1992, ECHR, Series A No. 227, para. 37.

³ See Jan Łukomski, “Arbitration Clauses in Sport Governing Bodies’ Statutes: Consent or Constraint? Analysis from the Perspective of Article 6(1) of the European Convention on Human Rights”, *International Sports Law Journal*, 2013, pp.66-67.

⁴ *Deweert v. Belgium*, judgment of 27 February 1980, ECHR, Series A No. 35, para.54.

⁵ *Appleby and Others v. the United Kingdom*, judgment of 6 May 2003, ECHR, No. 44306/98, para. 39.

⁶ See *Waite and Kennedy v. Germany*, judgment of 18 February 1999, ECHR, No. 26083/94, para. 67.

⁷ *Edificaciones March Gallego S.A. v. Spain*, judgment of 19 February 1998, ECHR, No. 28028/95, para.34.

（四）单边争议解决条款不利于保护弱者的权益

国际私法的私法特性就决定了其最终目的是保护私人利益和维护国际民商事秩序的，保护弱方权益原则应渗透到国际私法的各个领域¹。所谓弱者，一般是指特定社会关系中处于劣势一方，其评判标准表现为经济劣势、权力配置劣势、信息劣势、技术劣势、智力劣势等。²保护弱方的权益在B2C(Business-to-Consumer)合同中很重要，一些指令对弱方的保护还包括了B2B(Business-to-Business)合同。例如，《关于消费者合同中不公平条款指令》³、《不公平商事惯例指令》⁴和《商事代理指令》⁵。

一般来说，私人交易应遵循原告就被告原则（actor sequitur forum rei），除非当事人另有约定，但就商事交易包括消费者交易则有所不同，合同履行地可作为另一选择。以消费者合同为例，因为消费者往往掌握的信息较少、议价能力弱、诉讼经验少、财力有限，尤其是当长距离诉讼花费的成本远远超过争议所涉及的金额时，去一个不熟悉的、遥远的经营者所在国法院寻求法律救济无疑是强加给消费者的负担。⁶反观消费者作为被告时，经营者作为格式合同条款的拟订者已经通过预先起草的争议解决条款将法院限定在其住所地，这时受格

¹ 参见梅傲：《论涉外民商事审判中的选法规则》，载《北方法学》2016年第2期，第110页。

² 参见屈广清：《论保护弱者的国际私法方法及其立法完善——以冲突规范的保护方法为中心》，载《法商研究》2006年第5期，第45页。

³ Directive 93/13/EEC (Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts).

⁴ Directive 2005/29/EC (Unfair Commercial Practices Directive).

⁵ Directive 86/653/EEC (Directive on Self-employed Commercial Agents).

⁶ See S. Yuthayotin, *Access to Justice in Transnational B2C E-Commerce*, Switzerland, Springer International Publishing Switzerland, 2015, pp.93-95.

式条款约束的消费者将处于更加不利的地位。¹ 《布鲁塞尔公约》第2条、第5条、第13条以及《布鲁塞尔条例》第16条均规定了消费者可以在服务提供者住所地法院或消费者住所地法院被诉，即消费者住所地法院管辖规则。《布鲁塞尔条例》第16条还规定了经营者作为原告时只能在消费者住所地法院提起，第15条则规定只要经营者在成员国有住所、分支机构、代理机构或在成员国成立，经营者就必须服从于消费者合同的规定。因此，否认单边争议解决条款的效力，赋予消费者在对其来说更为方便的住所地诉讼或仲裁的权利，以增加其获得救济和正义的可能性，² 对保护弱方当事人的权益至关重要。

（五）单边争议解决条款缺乏可预见性

同样是援引“可预见性”，2015年法国在瑞士银行案中否定了其效力，1991年美国在嘉年华邮轮案中则肯定了其效力。究其不同，与欧洲国家相比，美国更倾向于服务于商业利益，³从成本与效益的经济学视角分析，站在对经营者“可预见”的角度而倾向于肯定单边争议解决条款的效力。而法国则是从确定管辖权的“可预见”角度分析，强调法律的预见性，在瑞士银行案中，法国最高法院认为，贷款协议包含赋予瑞士银行可向任何其他有管辖权的法院提起诉讼的管辖权条款，但并没有具体说明这些可供选择的法院行使管辖权的客观基础为何，因而与《卢加诺公约》所追求的法律的确定性与可预见性的客观目标相违背。在苹果公司案中，苹果公司保有向分销商所在地法院及对苹果公司造成损害的发生地法院提起诉讼的权利，法国最高法院认为协议中的管辖权条款在诉讼开始前就能够确定是与合同履行相关的法院，而不是任何其他法院，因而符合管辖权条款所需的可预见性。单边争议解决条款严格限制一方的选择权，却

¹ See J. Braucher, “New Basics: Twelve Principles for Fair Commerce in Mass-Market Software and Other Digital Products”, in J. K. Winn (ed.), *Consumer Protection in the Age of the Information Economy*, 2006, Arizona Legal Studies Discussion Paper No 06-05, p.188. Accessed October 16, 2018. <http://ssrn.com/abstract=730907>.

² See J. Hill, *Cross-Border Consumer Contracts*, Oxford, Oxford University Press, 2008, ,, pp.187-188.

³ See S. Yuthayotin, *Access to Justice in Transnational B2C E-Commerce*, Switzerland, Springer International Publishing Switzerland, 2015, p.215.

赋予另一方任意选择权，条款本身表明发生争议后的管辖法院或仲裁院的确定依赖于另一方的主观选择，对被限制权利的一方完全是不可预见的，不符合法律所追求的可预见性的目标。

五、中国对单边争议解决条款的立场

（一）中国有关单边争议解决条款的案例

目前我国关于涉外民商事合同中单边争议解决条款效力认定的案例并不多，以美国苹果公司与国内自然人、法人纠纷案¹为例，苹果公司《iOS开发商计划许可协议》第15条第10款就争议解决条款规定如下：阁下与Apple就本协议、Apple软件或阁下与Apple的关系而产生的或与此有关的任何诉讼或争议，将在加利福尼亚州北区解决，但所涉案件的主要争议点为著作权纠纷与侵权纠纷。

涉及合同中争议解决条款的，以微软公司在中国地区Microsoft Windows XP软件许可协议为例，在安装软件过程中，消费者需点击同意才能完成安装程序，而在长达6 000余字的协议中微软公司预先拟定了下列争议解决条款：因本协议或其违约引起的或与之有关的任何争论或索赔，应由美国仲裁协会在美国华盛顿州按照其国际仲裁规则通过仲裁解决。对于微软公司而言，该仲裁条款可以避免其全球应诉，有效降低其运营成本和风险。对于中国消费者而言，处于弱势地位的个人要到美国申请仲裁与实力雄厚的跨国公司抗衡，一是相较于仲裁标的成本极高昂，二是对语言、文化、法律制度的不熟悉，寻求法律救济的难度可想而知。因此，消费者要求否定格式条款中仲裁条款的效力也有其合理的利益诉求，且微软于1992年就在中国设立北京代表处，在中国已拥有方案供应商、渠道分销商、授权分销商及零售商等合作伙伴3 000余家，考虑到其遍布于全国各大城市的分支机构和合作伙伴，相较于消费者个体的应诉能力，否定仲

¹ 北京市高级人民法院（2013）高民终字第2261号，（2013）高民终字第2083号，（2013）高民终字第2084号，（2013）高民终字第2618号，（2014）高民终字第1321号，（2014）高民终字第1322号判决。

裁条款的效力对微软公司并非不公平之举。¹

除了我国软件消费者与微软公司之间可能出现该类纠纷，随着跨国民商事往来的增加，未来国内储户与跨国银行之间、国内消费者与外国购物网站之间的纠纷也不可避免地会出现。以无涉外因素的国内网络消费者诉淘宝网天猫商城案为例，涉及格式条款中争议解决条款效力判定的案例很丰富，而从我国法院司法实践的现状来看，各级各地区法院还尚未达成共识，所持态度亦截然相反。深圳市罗湖区人民法院²、江苏省宿迁宿豫区人民法院³，湖北省汉江中级人民法院⁴认为《淘宝服务协议》中的约定明确、具体，系双方真实意思表示，且不违反法律法规中关于级别管辖和专属管辖的规定，应为合法、有效。重庆市第一中级人民法院⁵，广东省广州市中级人民法院⁶，广东省深圳市中级人民法院⁷则认为格式条款中的争议解决条款无效。否定其效力的法院认为用户在注册淘宝账户时需另点击《淘宝服务协议》查阅，而其内容繁多，管辖权条款夹杂在大量繁琐资讯中。2015年2月4日起施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第31条规定：“经营者使用格式条款与消费者订立管辖协议，未采取合理方式提请消费者注意，消费者主张管辖协议无效的，人民法院应予支持”。《合同法》第41条规定：“提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效”。就网站购物而言，原告和大多数消费者一样，购买的商品通常价格不高，居住地或合同履行地也与天猫公司住所地相距很远，如果《淘宝服务协议》管辖条款有效，消费者需要

¹ 参见何其生、乔仕彤：《电子格式合同中仲裁条款的效力》，载《武大国际法评论》2007年第2期，第92~93页。

² (2014)深罗法民一初字第1282号。

³ (2013)宿豫商辖初字第0016号。

⁴ (2016)鄂96民辖终4号。

⁵ (2014)渝一中法民管异终字第00670号。

⁶ (2015)穗中法立民终字第1562号。

⁷ (2016)粤03民辖终95号。

额外负担比商品价格明显过高的差旅费用和时间成本，很有可能阻却了消费者合理的权利诉求。虽然网络消费者与天猫商城的纠纷案不具有涉外因素，但作为同样限制一方权利的争议解决条款，涉外民商事合同中存在的单边争议解决条款与格式条款中的单边争议解决条款在判断其效力时所依据的法律原理实际上是相通的。因而，无论是出于维护平等诉诸司法的原则、保护弱者权益、促进公平和实质正义的实现，都应否定单边争议解决条款的效力。

（二）中国针对单边争议解决条款的立法尝试

1. 规定单边争议解决条款的“黑色清单”和“灰色清单”

《德国民法典》对于格式条款的内容规定了“黑色清单”(black list)¹和“灰色清单”(grey list)²，所谓黑色清单就是不必评估而绝对无效的条款，所谓灰色清单是指被评估后可能被认定为无效的条款，而评估的标准依据《德国民法典》第307条³。许多法律体系中都规定了黑色清单和灰色清单，如《荷兰不公平合同条款法》(The Netherlands law of Unfair Contract Terms)和《欧洲不公平合同条款指令》(EU Unfair Contract Terms Directive)。黑色清单将过分加重对方法律责任的条款(onerous term)认定为不公平的，因而不可执行，灰色清单推定该类条款为不公平。在认定单边争议解决条款的效力时可以借鉴这种两分法的做法，即在原则上否定单边争议解决条款效力的同时，也允许例外情况下肯定其效力。承认例外情形是为了能够在法律的稳定性与灵活性之间、结果的可预见性与个案的公正性之间寻求到恰当的平衡点。⁴

因而，对于单边法院选择条款，可以借鉴法国在2015年苹果公司案中的做法，如果不是赋予强势一方在任何其他法院，而是限定在可以预见可以确定的法院进行起诉，那么可以认定该单边条款是有效的。单边仲裁条款，由于国际

¹ 《德国民法典》第309条。

² 《德国民法典》第308条。

³ 《德国民法典》第307条。

⁴ 参见梅傲：《论涉外民商事审判中的选法规则》，载《北方法学》2016年第2期，第115页。

上存在支持仲裁的倾向，承认仲裁协议的效力是仲裁法发展的一个必然趋势。¹ 在此问题上可以借鉴美国的做法，对于那些明确显著、公平合理的仲裁条款，且被限制权利的一方明确表示了同意，则应该承认其效力。² 对于单边或诉或裁条款，可以借鉴俄罗斯的做法，将单边条款变为双边条款，赋予选择权受限的一方当事人和对方同等的选择或起诉或仲裁的权利，之后再根据国内法上对双边或诉或裁条款的效力的规定进行下一步判断。2013年1月24日贷款市场协会对此建议双方当事人可以约定补救条款(fallback provision)应对法院判决此类条款无效的风险。³

2. 国家、企业、消费者三方协商拟定示范争议解决条款

鉴于单边争议解决条款在格式合同中较为常见，通常是由一方事先拟定的以备日后反复使用。而对于争议解决的方式是仲裁还是诉讼，仲裁或诉讼的具体地点，往往由条款拟定方根据利益最大化事先选择并强加于对方，这种未经协商的条款严重违背当事人意思自治原则。同时，由于双方的地位不平等、信息不对称，一方拥有强势议价能力，处于弱势地位的相对方虽被严重限制了起诉或仲裁的选择权，但却无能为力、无计可施，因为单边争议解决条款在各种类型的合同中大量存在，势单力薄的个人无法与财大气粗的企业集团相抗衡。

因而，为了平衡双方当事人的力量悬殊，可以借鉴国外的做法，通过“经协商的格式条款模式”（the negotiated model forms of standard contracts）来起草争议解决条款，这种协商过程通常由企业经营者、消费者代表和国家权力机关三方参与，如此便可以有效减少不公平条款的存在。这种模式目前在许多国家比较受欢迎，比如欧盟的成员国、北欧国家（挪威、瑞典、芬兰和丹麦）以及荷

¹ 参见何其生：《论电子仲裁协议的要件》，载《法学评论》2003年第4期，第106~112页。

² 参见何其生、乔仕彤：《电子格式合同中仲裁条款的效力》，载《武大国际法评论》2007年第2期，第90页。

³ 参见郭玉军、司文：《单边法院选择条款的法律效力探析》，载《国际法研究》2014年第4期，第56页。

兰、比利时等。¹由国家相关权力机关、企业代表、消费者代表共同协商拟定相关行业的争议解决条款，综合考虑各方利益与需求，兼顾效率与公平，起草示范条款以供各行业参考适用，可以有效避免严重不公平条款的存在。

六、结语

综上，笔者认为单边争议解决条款原则上是无效的，但现存的包含单边争议解决条款的协议是否有效取决于每个交易的具体情形，当事人应该对个案进行法律咨询。需要考虑的问题有主要财产所在地、当事人的国籍、交易的性质以及可能存在的一方违约与交叉违约的情形。目前各国对单边争议解决条款的态度分歧较大，不同国家的司法实践存在冲突，为了避免单边争议解决条款被判定无效，减少法院间管辖权冲突及未来判决遭到拒绝承认与执行的风险，当事人在涉外民商事合同签订过程中要格外谨慎，涉及争议解决条款时应尽力满足有关国家对承认其效力的要求，尽可能降低交易风险。

¹ See H. A. Luth, *Behavioural Economics in Consumer Policy: The Economic Analysis of Standard Terms in Consumer Contracts Revisited*, (Ph.D.diss., Erasmus University Rotterdam, 2010), pp.269–281.